

Het bewerkstelligen van proactieve naleving van

wet- en regelgeving door bedrijven:

Toezicht op aansprakelijkheid bij bedrijven

Sharon Oded

Samenvatting

Beleidsmakers over de hele wereld erkennen dat bedrijven in sommige situaties beter in staat zijn om hun werknemers te controleren dan overheidsorganen. Als gevolg daarvan wordt met hedendaags handhavingsbeleid in verschillende rechtsgebieden, zoals milieurecht, gezondheid en veiligheid en anti-omkoping, geprobeerd bedrijven over te halen om 'proactieve partners' te worden in plaats van 'vijanden' in de strijd tegen wetsovertreding. Een vergelijkende analyse van hedendaags handhavingsbeleid laat echter zien dat aan beide zijden van de Atlantische Oceaan een andere weg wordt ingeslagen om bedrijven aan te moedigen proactieve naleving van wet- en regelgeving onder hun werknemers te bevorderen. Aan de ene kant van het spectrum staat beleid gericht op *afschrikking*, dat inhoudt dat bedrijven nauw in de gaten worden gehouden en streng worden gestraft voor wangedrag door hun werknemers, ongeacht hun inspanningen om tot naleving te komen. Aan de andere kant van het spectrum staat beleid gericht op *samenwerking*, dat uitgaat van vriendelijk toezicht en geen aansprakelijkheid oplegt als bedrijven een nalevingsmanagementsysteem hebben ingevoerd. In het midden van het spectrum bevinden zich verschillende soorten beleid die uitgaan van een *gemengde* benadering, met regelmatig toezicht en waarbij de aansprakelijkheid voor bedrijven met een nalevingsmanagementsysteem verminderd wordt. Deze veelheid aan regulerende beleidsvormen gericht op handhaving geeft aanleiding tot de volgende vraag: *Wat is de beste opzet voor een efficiënt handhavingsbeleid dat bewerkstelligt dat bedrijven proactief wet- en regelgeving naleven?* Deze vraag, die van praktisch, wetenschappelijk en politiek belang is, is de kern van dit boek.

Het onderzoek is gebaseerd op een rechtseconomische benadering om te komen tot een werkbaar en vernieuwend kader van handhavingsbeleid dat op efficiënte wijze bedrijven beweegt tot proactieve nakoming van wet- en regelgeving. Er worden twee stromingen in wetshandhaving geanalyseerd, namelijk *afschrikking* en *samenwerking*, waarbij wordt aangetoond dat geen van tweeën leidt tot een optimaal regulerend nalevingsparadigma gezien vanuit het oogpunt van maatschappelijk welzijn. Een andere conclusie die uit de analyse kan worden getrokken is dat een aantal bestaande regimes waarin elementen van zowel de afschrikings- als de samenwerkingsbenadering worden gecombineerd, grote gebreken laat zien als gevolg van informatieasymmetrie en risico op willekeur.

Met deze conclusies in het achterhoofd is met het onderzoek de uitdaging aangegaan een alomvattend handhavingssysteem te ontwikkelen dat de kracht van de bestaande regimes behoudt en tegelijkertijd het hoofd biedt aan de gebreken. Het voorgestelde kader bestaat uit twee vernieuwende beleidsonderdelen. Ten eerste, *een gericht toezichtstelsel met inzet van derden (GTD)*, dat uitgaat van een vrijwillig regulerend programma dat op unieke wijze bedrijven die het toezicht in eigen handen hebben, aanspoort om onafhankelijke professionele toezichthouders aan te stellen. Op deze wijze kunnen bedrijven die het toezicht in eigen handen hebben zich onderscheiden van bedrijven die dat niet doen. Het gevolg is dat wetshandhavers op geloofwaardige wijze toezichthoudende activiteiten kunnen aanpassen aan de verschillende typen gereguleerde bedrijven. Ten tweede, *een samengesteld aansprakelijkheidsregime voor bedrijven*, waarbij bedrijven die het wangedrag van hun werknemers zelf aangeven een beperkte sanctie opgelegd krijgen, in verhouding tot de reductie in maatschappelijke kosten waartoe het zelf aangeven van wangedrag geleid heeft. Op deze manier biedt het samengestelde regime de toezichthouders de mogelijkheid op geloofwaardige wijze de sancties voor gereguleerde bedrijven aan te passen op basis van de daadwerkelijke maatschappelijke schade die hun werknemers door hun wangedrag hebben veroorzaakt. Deze beleidscomponenten, samen maar ook individueel, verbeteren de motivatie van bedrijven om proactief hun werknemers tot naleving van de wet te bewegen zonder dat er sprake is van

informatieasymmetrie en risico op willekeur. Daardoor wordt met dit voorgestelde kader een generieke en praktisch werkbare nalevingsstructuur gecreëerd die kan worden toegepast op een breed spectrum van regulering zodat op efficiënte manier proactieve naleving van wet- en regelgeving door bedrijven wordt bewerkstelligd.

Inducing Corporate Proactive Compliance: Liability Controls and Corporate Monitors

SUMMARY

Policymakers around the globe have acknowledged that in various contexts corporations are able to control their employees more efficiently than public authorities. As a result, contemporary enforcement policies in various regulatory areas, including environmental, health and safety, and anti-bribery, seek to induce corporations to become “proactive partners” rather than “enemies” in the battle against law-breaking. Yet, a comparative analysis of contemporary regulatory enforcement policies reveals that policies adopted on both sides of the Atlantic follow different approaches in encouraging corporations to proactively ensure compliance by their employees. One end of the spectrum consists of *deterrence-oriented* policies where corporations are closely monitored and harshly penalized for their employees’ misconduct regardless of their efforts to ensure compliance. While the other end of the spectrum consists of *cooperation-oriented* policies which apply soft monitoring and impose no liability on corporations that implement compliance management systems. The middle of the spectrum is populated by various policies following *mixed* approaches in which regulatory monitoring is applied selectively and liability is mitigated for corporations that implement compliance management systems. This multiplicity of regulatory enforcement policies raises the question: *How should a regulatory enforcement policy be designed to efficiently induce corporate proactive compliance?* This question, which has practical, academic, and political relevance, lies at the heart of this book.

The study follows a law and economics approach in identifying a workable, innovative framework of enforcement policies that efficiently induces corporate proactive compliance with regulatory requirements. It analyzes the two major schools of thought regarding law enforcement, *deterrence* and *cooperative* approaches, and shows that neither of these represents an optimal regulatory enforcement paradigm from a social-welfare perspective. The analysis further

suggests that various existing regimes that offer improved frameworks by combining different elements of the deterrence and the cooperative approaches are fraught with major pitfalls pertaining to the risks of information asymmetry and arbitrariness.

Based on the conclusions drawn from its close analysis, the study takes on the challenge of developing a comprehensive enforcement framework that sustains the strengths of the existing regimes while coping with their pitfalls. The proposed framework is composed of two innovative policy components. First, a *Third-Party Based Targeted Monitoring (TPTM) system*, which introduces a voluntary regulatory program that uniquely incentivizes self-policing corporations to appoint stand-alone, professional corporate monitors. In this way, the TPTM system allows self-policing corporations to distinguish themselves from non-self-policing ones. Consequently, it enables enforcement authorities to credibly tailor monitoring efforts according to different types of regulatees. Second, a *Compound Corporate Liability Regime*, in which corporations that self-report their employees' misconduct incur a reduced sanction that mirrors the reduced social costs caused by the self-reported misconduct. In this way, the compound regime allows enforcement authorities to credibly tailor the sanctions imposed on regulatees according to the actual social ramification caused by their employees' misconduct. These policy components, jointly and severally, enhance corporations' motivations to proactively ensure compliance among their employees, while overcoming the pitfalls of information asymmetry and arbitrariness embedded in the existing corporate liability regimes. Thereby, the proposed framework provides a generic, workable enforcement structure that may be implemented in a wide range of regulatory areas to efficiently induce corporate proactive compliance.